PRIMA INITIA SUCCESSIONIS TESTAMENTARIÆ APUD ROMANOS,

Von dem

Ursprung der Testamentarischen Erbfolge bey denen Römern,

QVAM

PRÆSIDE

DN. CHRISTIANO THOMASIO,

JCTO, S. REG. MAJ. BORUSSIÆ CONSILIARIO
AC PROFESSORE PUBLICO,

In Celeberrima Regia Fridericiana

Anno 1744. d. 3. Jun.

RESPONDENDO PROPUGNAVIT

JOHANNES MICHAEL GEHWOLFF,
RATISBON.

LITERIS HENDELIANIS, 1744. (5)

PRÆFATIO.

Ucceſſionem teſtamentariam eſſe maxime practicam nemo negabit. Eſſe etiam difficillimam & confuſiſſimam, ac ſi in ulla doctrina juris, certe in hac de quæſtionibus teſtamentariis eſſe jus incertiſſimum, ac communibus opinionibus contra communes refertum, oſtendit pariter quotidiana experientia. Nec poterit aliter eſſe, cum interpretes juris in ipſo limine doctrinæ contrarias plane foveant hypotheſes, dum plerique perſuadent ſibi, teſtamenti factionem eſſe juris naturæ, pauciſſimi contra ſoli juri Romano, aut ſi quid addere velis, legibus Solonis eam debere ortum, atque cum magno Reipublicæ damno eſſe introductam ſtatuunt. Unde profluit alius diſſenſus, dum communis doctrina maximum favorem teſtamentorum eſſe ſtatuit, eumque maxime ampliandum eſſe docet, pauci contra teſtamenta plane e Republica volunt exterminari. Qui diſſenſus capitales uti in-

finitis aliis diſſenſionibus in quæſtionibus ſpecialibus circa jura privatorum dant occaſionem, ita & magnum momentum afferunt in controverſiis juris publici de teſtamentis principum, item in conſultationibus de juribus principum circa teſtamenta ſubditorum, item de emendatione juris incerti in Germania circa teſtamenta. Hinc etſi de materia teſtamentaria à plurimis magna volumina ſcripta ſint, multa tamen adhuc credo relicta eſſe induſtriæ aliorum, cum plerique ſcriptores variorum juris interpretum ſententias, ut ſcopas diſſolutas colligant, easque laxiori vinculo utcunque connectant, ut vel nulla vel certe parum cohærens connexio ubique deprehendatur, & lector paulo exactioris judicii poſt lectionem incertior recedat quam acceſſit. Cauſa primaria rei eſt, quod multi deſtituantur doctrina prudentiæ civilis, quod jam ſuo tempore ubivis fere deploravit Magnus CONRINGIUS, & quod jurisprudentiam conſiderent ut ens memoriæ magis quam judicii, ubi pro eruditiſſimo ſit habendus, qui dicta aliorum exſcribat, jus Juſtinianeum & tradita veterum Gloſſatorum tantum non adoret, & ubique centones allegatorum in aſſertionibus etiam evidentiſſimis exponat. Si meo arbitrio res eſſet tractanda, putarem

tarem non inutilem jurisprudentiæ & publicæ & privatæ operam navaturum esse, si quis, cum de prima origine totius successionis testamentariæ, utrum ex Jure gentium sit, an ex Jure civili, inquisitum fuerit, differat paulo accuratius, quam communiter fieri solet, de primis initiis ejusdem apud Romanos, tum de ejus progressu, partim in Republica libera usque ad tempora Imperatorum, partim sub Imperatoribus Ethnicis pariter usque ad Constantinum, ac Christianis a Constantino usque ad Justinianum, denique de variis mutationibus juris testamentarii a Justiniano factis. Hoc peracto utile erit dispicere de Jure Germanico, & quod Germani usque ad tempora Juris Canonici omnem successionem testamentariam ignorauerint; quid Jus Canonicum de testamentis disposuerit diversum a Jure Justinianeo; quomodo hæc juris Canonici dispositio pedetentim in universa Germania fuerit recepta; qualis mutatio Jure Justinianeo in Academias Germaniæ introducto, intuitu successionis testamentariæ in Germania facta fuerit usque ad tempora Maximiliani Imperatoris; quid novi Maximiliani constitutio de Notariis, quoad testamenta in foris Germaniæ, effecerit, & quanta juris testa-

mentarii incertitudo ab eo tempore in Germania ad noſtra usque tempora cum maximo Reipublicæ damno in foris regnaverit. His omnibus non ſolum hiſtorice, ſed ex regulis prudentiæ civilis ubique examinatis, opus eſſet, ut agatur in genere de jure & prudentia ſummæ poteſtatis civilis circa teſtamenta tam propria quam ſubditorum, ut ultimo loco eo clarius & maxime palpabiliter conſilia de emendatione damnorum, quæ per jura teſtamentaria eorumque incertitudinem Germaniæ data ſunt, expendi queant. Poſtquam vero non ita pridem de origine ſucceſſionis teſtamentariæ ſub præſidio Domini PRÆSIDIS fuſius actum fuerit, & ſpecimen ſtudiorum a me poſtularetur ab iis, quorum juſſui parendum eſt, propoſui mihi in præſenti Diſſertatione initia ſucceſſionis teſtamentariæ apud Romanos expendere, ubi a lectoribus veniam peto, ſi in materia obſcura & difficili forte non ubique rem ea perſpicuitate tractavero, qua reliqua capita, ubi major lux hiſtorica affulget, ab aliis ſuo tempore proponentur.

SUMMA-

SUMMARIA DISSERTATIONIS.

VErba l. 120. de V. S. & ſumma dicendorum. §. 1. *Doctrina Juſtiniani de tribus antiquis teſtandi generibus, & ejus obſcuritas.* §. 2. *De teſtamento calatis comitiis facto pauciſſima & breuiſſima loca Ulpiani, & Gellii.* §. 3. *De teſtamento in procinctu ſimilia eorundem, it. Ciceronis, Velleji Paterculi, Plutarchi.* §. 4. *Theophili ſententia de utrisque.* §. 5. *Incertum quando primum genus in uſu eſſe ceperit. Communiter poſt tempora XII. Tabb. id referunt.* §. 6. *Veroſimilius tamen obtinuiſſe id jam ante XII. Tabulas, quia illo tempore, & ſecundum genus jam erat in uſu.* §. 7. *Ratio cur communiter in hac quæſtione hæſitent interpretes.* §. 8. *Teſtamenta, quæ calatis comitiis fiebant valebant ex voluntate populi.* §. 9. *Non ex libera teſtatoris voluntate.* §. 10. *Neque enim populus ſolennitatis ſaltem gratia adhibebatur, ſed ut autor fieret & executor.* §. 11. *Unde heres ejusmodi magis ad heredes legitimos pertinebat, quam teſtamentarios ſecundum noviorem ſignificatum.* §. 12. *Erant vero illa teſtamenta nuncupativa, nec ſcripta eſſe poterant.* §. 13. *Quoties ejusmodi teſtamenta per annum condere licuerit.* §. 14. *An in comitiis curiatis tantum, an etiam centuriatis?* §. 15. *Teſtamenta fuiſſe ſaltem appendices comitiorum neque comitia teſtamentorum cauſa inſtituta fuiſſe.* §. 16. *Quomodo populus teſtamenta in calatis comitiis approbaverit.* §. 17. *Veroſimilius eſſe, approbata fuiſſe a populo tacite, ſi teſtator a magiſtratu ad rogationem admiſſus eſſet, & nemo ei contradiceret.* §. 18. *Teſtamenta fuiſſe condita*

in

in comitiis a Pontificibus convocatis. §. 19. *Etiam teſtamenta, quæ populus tacite approbaſſet, non fuiſſe teſtamenta proprie dicta.* §. 20. *Cur apud hiſtoricos non reperiatur exemplum teſtamenti calatis comitiis facti.* §. 21. *Latiſſima contra poteſtas teſtandi fuit in teſtamentis in procinctu,* §. 22. *quae adeo exceptionem faciebant a regula teſtamentorum in comitiis conditorum, & militibus conceſſa ſunt ut allicerentur homines ad militiam,* §. 23. *non tamen tum deſtituebantur omnibus ſolennitatibus, & erant tantum nuncupativa,* §. 24. *requirebant teſtes tres vel quatuor, non ſeptem,* §. 25. *neque ſufficiebat in expeditione eſſe, ſed in proximo mortis periculo.* §. 26. *Igitur veroſimile eſt, teſtamenta illa in procinctu ipſo jure evanuiſſe, ſi teſtator periculum evaſerit.* §. 27. *Sed tamen maxima habuerunt privilegia præ reliquis teſtamentis.* §. 28. *Tranſitus ad teſtamenta per æs & libram.* §. 29. *An ea per ipſas leges decemvirales fuerint introducta.* §. 30. *Eorum deſcriptio generalis.* §. 31. *Balduinus ea ex ipſis legibus XII. Tabb. deducit* §. 32. *cuius rationibus reſpondetur,* §. 33. 34. 35. 36. *Ortum debere haec teſtamenta autoritati JCtorum ut ſolennitates omnes omnium negotiorum civilium,* §. 37. *poſſe tamen tolerari locutionem, quod teſtamenta haec oriantur ex lege XII Tabb.* §. 39. *præprimis cum hic demum inceperit libera teſtamentorum mutabilitas.* §. 40. *Teſtamenta quæ fiebant in calatis comitiis poſt legem XII. Tabb ſtatim deſiſſe,* §. 41. *non vero ea quae fiebant in procinctu.* §. 42. *Milites tamen extra aciem uſos fuiſſe teſtamentis per æs & libram,* §. 43. *ſed adhibitis tamen conſuetis ſolennitatibus.* §. 44. *Inquiritur in rationem Ciceronis, cur teſtamenta in procinctu deſierint cum auſpiciis bellicis.* §. 45. *Concluſio.* §. 46. *Uſus diſputationis.* §. 47.

§. I.

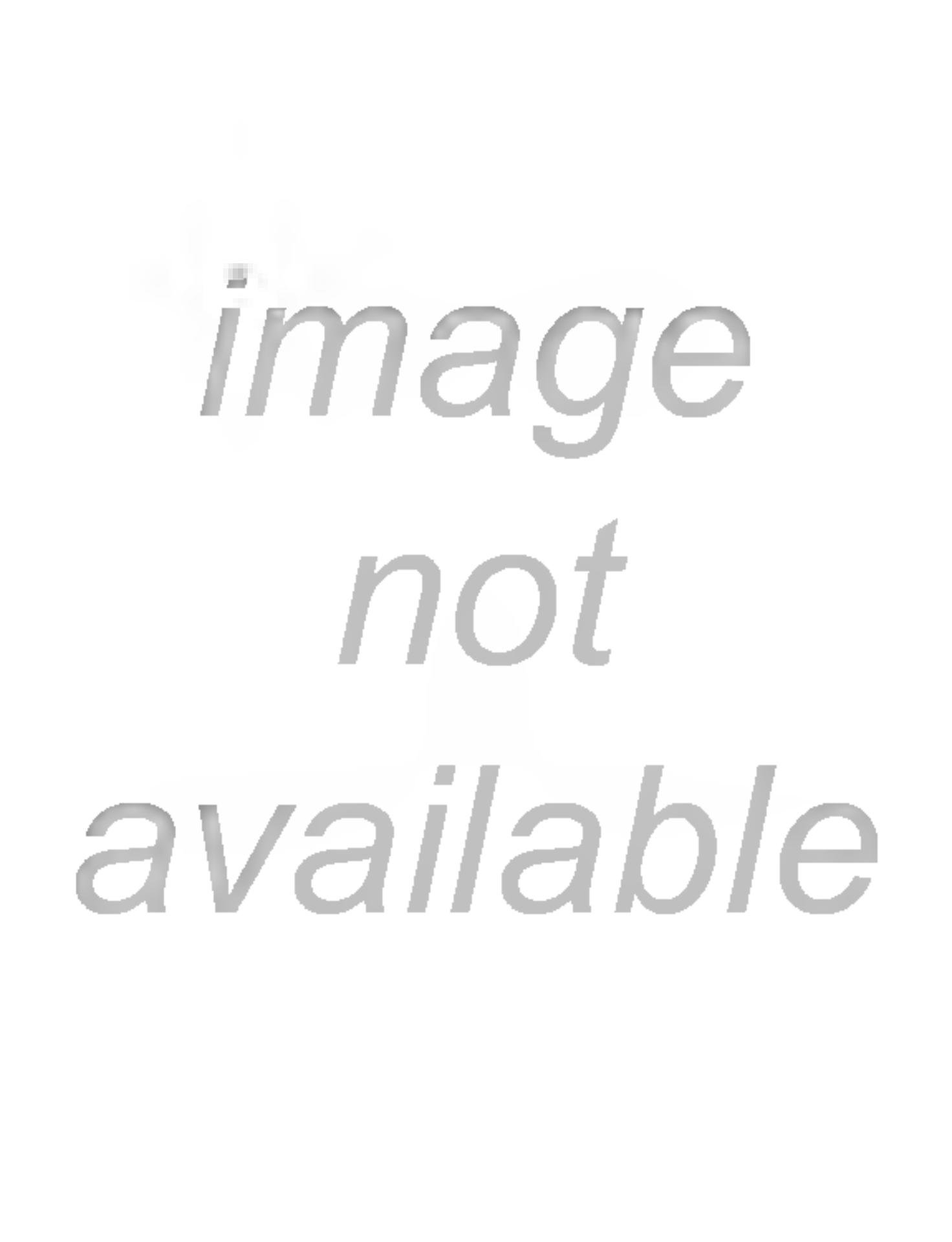
image
not
available

§. II.

Docet Juſtinianus *e)* duo olim fuiſſe genera teſtamentorum, quorum altero in pace & otio fruebantur, quod calatis comitiis appellabant, altero, cum in prælium exituri eſſent, quod procinctum vel potius in procinctu dicebatur, cui deinde tertium acceſſerit per æs & libram, ſed poſtea ex edicto Prætoris aliam formam faciendorum teſtamentorum introductam eſſe, donec per conſtitutiones principum forma nova teſtamenti ex jure civili & prætorio mixta oriretur. Hinc multum adjuvaſſet ad accuratiorem juris teſtamentarii & initiorum ejus notitiam, ſi paucis verbis fuiſſet explicatum, an illud *olim* reſpiciat tempora leges XII. Tabb. antecedentia, an ipſa legis XII. Tabb. tempora, item quomodo teſtamenta calatis comitiis & in procinctu facta fuerint, (uti teſtamentum per æs & liberam fuſius deſcribitur,) tum quibus temporibus iſta duo antiqua teſtamentorum genera deſierint eſſe in uſu. Jam cum id a Juſtiniano non fuerit factum, opera danda, ut aliunde cognoſcamus.

e) §. *1. ſeq. Inſt. de teſtam. Ordin.*

§. III.

De primo genere teſtamentorum præter Juſtinianum duorum ſaltem ex antiquis ſcriptoribus autorum teſtimonia diligentiſſimus alias antiquitatum Romanarum ſcriptor Barnabas Briſſonius *f)* reperire potuit, Ulpiani & Gellii, quorum ille *g)* plura de eo, quam ex Juſtiniano jam retulimus, non affert, ut adeo veriſimile ſit, Juſtinianum ſua ex hoc loco Ulpiani hauſiſſe, hic vero nec ipſe multo plura, magis videlicet explicans, quid fuerint calata comitia, quam quomodo teſtamenta in calatis comitiis condita fuerint. *b)*

f) lib.

f) lib. 7. de formulis p m. 586.

g) in fragmento tit. 20. § 2.

h) Ita enim ait *Noct. Attic. l. 15. c. 27. In libro Lælii Felicis ad Q Mucium primo ſcriptum eſt, Labeonem ſcribere, calata comitia eſſe, quæ pro collegio Pontificum habentur, aut regis aut flaminum inaugurandorum cauſa: eorum autem alia eſſe curiata alia centuriata: curiata per lictorem curiatim calari, id eſt, convocari: centuriata per cornicinem. Iisdem comitiis, quæ calata appellari diximus, & ſacrorum deteſtatio & teſtamenta fieri ſolebant. Tria enim genera teſtamentorum fuiſſe accepimus. Unum quod calatis comitiis in populi concione fieret: alterum in procinctu, quum viri ad prælium faciendum in aciem vocabantur, tertium per familiæ emancipationem, cui æs & libra adhiberetur.*

§. IV.

Neque multo plura de teſtamento in procinctu alibi reperiuntur. Ulpianus id ſaltem duobus verbis recenſet: Gellius pariter. Cicero *i)* teſtamenta in procinctu ſine libra atque tabulis facta eſſe dicit. Idem Cicero alibi *l)* teſtatur, quod ſuo jam tempore deſierint teſtamenta in procinctu, quem locum ejus paulo obſcuriorem an illuſtret alius ejusdem locus parallelus *m)* infra diſpiciemus. Vellejus Paterculus teſtamentorum in procinctu quidem meminit, *n)* ſed nihil memoratu valde dignum de iis adnotat. Apertius paulo Plutarchus horum teſtamentorum formam & tempus exprimit. *o)*

i) De Oratore l. b. 1. c. 53. Reprehendebat Galbam Rutilius, quod is Sulpicii Galli pupillum filium ipſe pæne in humeros ſuos extuliſſet, qui patris clariſſimi recordatione & memoria fletum populo moveret, & duos filios ſuos parvos tutelæ populi commendaſſet, ac ſe, tanquam in procinctu teſtamentum faceret, ſine libra atque tabulis, populum Romanum tutorem inſtituere dixiſſet illorum orbitati &c.

l) *De Natura Deorum l. 2. c. 3. Negligentia nobilitatis auguriī disciplina omissa veritas auspiciorum spreta est, species tantum retenta. Itaque maximæ Reipubl. partes, in his bella, quibus Reipubl. salus continetur, nullis auspiciis administrantur, nulla peremnia servantur, nulla ex acuminibus, nulli viri vocantur: ex quo in procinctu testamenta perierunt, tum enim bella gerere nostri duces incipiunt, cum auspicia posuerunt.*

m) Est is *lib. II. de divinat. c. 36. Bellicam*, inquit, *rem administrari majores nostri, nisi auspicato noluerunt, quam multi anni sunt, cum bella a Proconsulibus & Prætoribus administrantur, qui auspicia non habent, itaque nec amnes transeunt auspicato nec tripudio auspicantur. Nam ex acuminibus quidem, quod totum auspicium militare est, jam M. Marcellus ille quinquies consultorum omisit. Ubi ergo avium divinatio? quæ quoniam ab iis, qui auspicia nulla habent, bella administrantur, ab urbanis retenta videtur, a bellicis esse sublata.*

n) Vellej. Paterc. *l. 2. c. 5. Facientibus omnibus in procinctu testamenta, velut ad certam mortem eundum foret.*

o) Plutarchus *in Coriolano interprete Xylandro f. m. 198. Mos erat Romanis eo tempore, ut in procinctu iam stantes, & scutis manus inferentes, sagaque accingentes simul etiam tribus aut quatuor audientibus, heredem suum nuncuparent, quæ testamenta non scripta militaria vocantur.*

§. V.

Equidem vetus Institutionum Justiniani interpres Græcus Theophilus, de utroque testamento illo, & qua occasione tertium genus fuerit adjectum, plura disserit. *p*) Sed quia tamen Theophilus plurima specimina edidit, quod pro more illorum temporum fabulas sæpe narraret pro veris historiis, *q*) inde ipsius assertionibus non tuto erit fidendum, sed quoties ad eum recurrendum erit, examen instituī oportebit, an verosimilia narret, an minus.

p) *Te-*

p) *Teſtamentum*, inquit, *(in paraphraſi ad §. 1. Inſt. de Teſtam. ordin. interprete Gothofredo) calatis comitiis tempore pacis fiebat bis in anno hunc in modum. Fraco univerſum circumibat civitatem, conclamans, & totus populus congregabatur, & ita, qui volebat teſte populo teſtamentum ſcribebat. Inde calatis comitiis dictum eſt. Nam calare vocare eſt; comitia congregatio, quoniam igitur vocati congregabantur, appellatum eſt teſtamentum calatis comitiis. Procinctum vero teſtamentum eſt, quod fiebat, quum in prælium eſſent exituri, nomenque ab habitu, in quo teſtamenta faciebant, ſortitum eſt. Procinctus enim dicitur, qui accinctus eſt, & paratus ad conſligendum cum hoſte. Nam cum in incerto eſſet, an redituri eſſent, teſtamento prius facto in prælium exibant. Porro cum hæ duæ tantum ſpecies in uſu eſſent, eveniebat, ut nonnulli ſubitaneo morbo correpti inteſtati morerentur; neque enim calatis comitiis teſtabantur, quia nondum inſtaret tempus, neque item in procinctu, quia bellum non eſſet. Deinde & illud mali ominis eſſe videbatur, ſano quempiam & valente corpore teſtamentum facere. Ob hæc igitur tertia ſpecies inventa eſt, quæ dicebatur per æs & libram.*

q) Exemplum dabimus, ubi ad conſiderationem diſtinctiorem teſtamenti per æs & libram pervenerimus. Aliud eſt *in periphraſi §. 7. Inſtit quod cum eo, qui in al. pot. eſt &c.* de origine SCti Macedoniani.

§. VI.

Cum vero in iſtis locis antiquiorum Scriptorum fidedignorum, unde ſua reliqui hauſerunt, diſerte non dicatur, quando teſtamenta illa priora duo ortum duxerint, & quando iterum deſierint, non mirandum, quod interpretes ea de re parum conſentiant. Deſiderius Heraldus Antiquitatum Romanarum alias non imperitus JCtus teſtamenta calatis comitiis & in procinctu demum poſt XII. Tabulas ortum duxiſſe *r*) arbitratur. Et inſigniter fallor, aut hæc communior fere eſt interpretum opinio, certe non

memini, me legiſſe, qui diſerte hanc quæſtionem tractaverit, aut aperte profeſſus fuerit, teſtamenta calatis comitiis ante XII. Tabulas fuiſſe uſurpata. *s)* Et hoc non mirandum, quia ob legem Pomponii noſtram communis eſt perſuaſio, teſtamenti factionem apud Romanos debere originem XII. Tabulis, eamque eſſe hauſtam ex legibus Solonis. *t)*

r) Rer. quotid. c. ult. §. 4. & 9. Verba legis XII. Tabb. e Solonis legibus videntur ſumta &c. Etſi vero verba legis publicæ plenam patribusfam. & abſolutam poteſtatem dabant, ea tamen civiliter utebantur, teſtamentum ſuum facientes calatis comitiis in populi conventu, ut conſenſu ſuo, aut autoritate hanc legem familiarem confirmaret: qua forma abſoluta, & alia prætoris edicto introducta, ſeptem ideo teſtes adhibitos viri eximii divinarunt, ad retinendorum calatorum comitiorum neſcio quam imaginem; quod commentum ſane ingenioſum veriſimilius eſſet, ſi ſeptem teſtium adhibitio eſſet a jure civili & non a jure prætorio, nec teſtamento calatis comitiis facto teſtamentum per æs & libram ſucceſſiſſet, quod diutiſſime duravit, in quo ſeptem quidem cives Romani comparebant, ſed quorum quinque tantum teſtes erant, cæteri libripens & familiæ emtor. Senſus eſt, poſt XII. Tabulas initio teſtamenta facta in calatis comitiis; poſtea huic modo ſucceſſiſſe teſtamentum per æs & libram & modum teſtandi prætorium. Clarius loquitur Ægidius Hortenſius *Comment. ad Inſtit. de Teſtam. Ordin. p. m. 151.* aſſerens ſtatim poſt legem XII Tabb. introductas eſſe duas ſpecies teſtamentorum calatis comitiis & in procinctu.

s) Vinnius equidem aſſerit, teſtamenta calatis comitiis fuiſſe in uſu ante XII. Tabb. ſed obiter & aliud agens *in Comment. ad §. 1. de teſtam ordin. Non fuere*, inquit, *calata comitia centuriata; alioqui ſequeretur nec in in urbe teſtari Quirites potuiſſe, nec omnino primis temporibus teſtari ante tempora Servii regis, a quo primum centuriata comitia inſtituta ſunt.* Habet igi-

igitur pro abſurdo, quod primis temporibus regiis Romani non potuerint teſtamenta in comitiis condere. Huberus *in Digreſſionibus l. 4. cap. 30.* dum aduerſus Vinnium diſputat, non defendit ſententiam, quod Romani antea non potuerint teſtari, ſed tacite conceſſo, quod Romani ante Servii Tullii tempora teſtamenta condiderint, negat conſequentiam. Franc. Balduinus *ad leg. XII. Tabb. c. 29. p. 118. edit. tert.* dicit quidem, teſtamenta calatis comitiis fuiſſe antiquiſſima, non tamen dicit diſerte, fuiſſe ante XII. Tabulas.

t) *Conf. differt. de Orig. Succeſſ. teſtament. §. 61. lit. m.*

§. VII.

Sed hoc tamen non obſtante, puto facile perſuaderi poſſe cuilibet extra partes poſito, quod teſtamenta, quæ calatis comitiis fiebant, fuerint ante XII. Tabb. Romanis uſitata, etſi ob ſilentium hiſtoricorum, quos hodie habemus, non conſtet, ſub quo Rege is teſtandi modus fuerit introductus, an ante, an poſt Servium Tullium. Sufficit enim, quod Plutarchus teſtis fide digniſſimus ſcribat, tempore Coriolani, qui ante leges Decemvirales vixit, jam apud Romanos uſu receptum fuiſſe teſtamentum in procinctu. *u)* Qui vero de iſtis duobus antiquioribus teſtandi modis, quorum unum calatis comitiis fiebat, alterum in procinctu, loquuntur paulo diſtinctius, loquuntur tanquam de generibus coætaneis, (ſaltem intuitu originis, etſi non intuitu durationis,) quod nempe illo in pace uſi fuerint, hoc vero tempore belli. *x)* Neque memini ullum commentatorum hic reprehendiſſe Juſtinianum. Nec obſtat, quod teſtamentorum calatis comitiis factorum nulla occurrant exempla ante XII. Tabb. Nam nec apud hiſtoricos, quorum ſcripta ad nos pervenerunt, legun-

leguntur exempla talium teſtamentorum poſt XII. Tabulas conditorum.

w) *Vid. ejus locum §. 4. lit. o.*
x) *§. 1. Inſt. de teſtament. ordin. & Theophilus in paraphraſi. vid. ſupra §. 2. & 5.*

§. VIII.

Quod vero communiter interpretes de hac aſſertione ſileant vel hæſitent, inde factum eſt, quod communiter fuit inculcatum, ac ſi teſtamenta apud Romanos ex lege XII. Tabb. oriantur, & quod interpretes nullam cauſam viderint, cur, ſi jam antea fuiſſent in uſu, Decemviri a Solonis legibus teſtamenti factionem traducerent in XII. Tabulas. Uti vero hoc dubium facile removeri poterit, ſi oſtenderimus capitalem differentiam inter teſtamentum calatis comitiis & per æs & libram; ita jam monſtrato, quod teſtamentum calatis comitiis ſub ſtatu regio in uſu fuerit, non difficulter perſuadebitur, tertium illud genus per æs & libram vel ab ipſa lege XII. Tabb. vel una cum ipſa per diſputationem fori & interpretationem JCtorum fuiſſe introductum. Ut vero hoc poſterius eo melius intelligatur, videndum eſt, qua ratione introductum fuerit teſtamentum calatis comitiis, item id, quod in procinctu fiebat.

§. IX.

Scilicet Romani illo adhuc tempore ſequebantur ductum juris gentium, ſecundum quem teſtamenti factio a natura dominii aliena eſt, ut fuſius fuit de origine ſucceſſionis teſtamentariæ probatum. Igitur cum ſola lege defer-

Digitized by Google

deferretur tum temporis ſucceſſio, & tamen caſus quidam poterant contingere, ubi heredes legitimi erant indigni, vel alii digniores aderant de teſtatore melius meriti, inveniſſe videtur, quisquis fuit ex regibus, ut liceret in comitiis toti populo, penes quem erat poteſtas legum ferendarum, rationes ſuas, cur heredi legitimo quis bona ſua relinquere nollet, aperire, quas ſi juſtas deprehenderet populus, approbabat, & tum teſtamentum ejus valebat, ſi inſufficientes rejiciebat.

§. X.

Neque enim putandum eſt, quod teſtamenta, quæ in calatis comitiis fiebant, valuerint ex liberrima voluntate teſtatoris, & quod adeo convocatio populi & expoſitio voluntatis coram eodem fuerint nudæ ſolennitates. Etſi enim Scriptores ſupra memorati nihil plane de hac circumſtantia expreſſis verbis diſponant; imo Theophilus *y*) ſaltem dicat, *teſte* populo ibi condita fuiſſe teſtamenta, *teſtis* vero & *autor* valde differant, tamen cum jam ſupra monitum fuerit, Theophili autoritatem in his quæſtionibus non multum eſſe attendendam, magis hic reſpiciendum erit ad naturam ipſius negotii.

y) *loco §. 5. lit. p. deſcripto.*

§. XI.

Omnis etenim generis comitia ſunt conventus populi vel plebis eo fine inſtituta, ut convocati aliquid ſuffragio ſuo vel jubeant vel prohibeant. *z*) Inde non omnes populi conventus comitia erant dicta, ſed ii tantum, qui ferendorum aliqua de re ſuffragiorum cauſa haberentur. Cum enim ludorum cenſusve gratia populus univerſus

conveniret, non erant comitia, ſed conventus, & generaliter ſumtum concilium. *a*) In comitiis omnibus tractabantur negotia ad Remp. pertinentia, non quæ ſita erant in arbitrio priuatorum, etſi ad utilitatem privatorum immediatam reſpicerent. Sic & arrogatio fiebat in comitiis per ſolemnem rogationem: Velitis, jubeatis, Quirites, uti Lucius Valerjus, Lucio Titio tam jure legeque filius ſibi ſiet, quam ſi ex eo patre matreque familias ejus natus eſſet, utique ei vitæ necisque in eo poteſtas ſiet &c. Hæc ita uti dixi, ita Vos Quirites rogo; tum populus ætatem ejus, qui arrogabat, & bona arrogati aliaque in ſuffragio ferendo conſiderabat. *b*) Quis dubitaret, in teſtamentis, etſi ſcriptores taceant, fuiſſe ſimilem formulam, v. g. Velitis jubeatis Quirites uti Lucius Titius Lucio Valerio tam jure legeque heres ſibi ſiet, quam ſi ejus filius familias aut proximus agnatus eſſet &c. Hæc ita ut dixi ita vos Quirites rogo. Quis dubitaret inquam, poſt hanc rogationem populum ſuffragia ſuper hac rogatione dediſſe, atque in ferendis ſuffragiis conditionem teſtatoris, heredis legitimi, & ejus, cui teſtator hereditatem relinquere volebat, conſideraſſe, atque adeo teſtamenti factionem illam ejusque effectum magis adſcribendum eſſe autoritati populi quam teſtatoris.

z) Car. Sigon. *de antiq. jur. civ. Rom. c. 17.* Paul. Merula *de comit. Rom. c 1. § 3.*

a) Merula *d. l p. 3.*

b) Gellius *lib 5. c. 14.*

§. XII.

Cum igitur noviore & hodierno ſignificatu heres teſtamentarius & legitimus ſibi opponantur, patet heredem

dem teſtamentarium, qui calatis comitiis fiebat, proprie talem non fuiſſe, ſed legitimum, quia voluntate & autoritate populi conſtituebatur. Id parum intererit, utrum dicas modum conſtituendi pertinere ad claſſem diſpenſationum, an ad claſſem novæ legis; [nam & novas leges ad ſingulos pertinentes Romanis non fuiſſe inuſitatas docent exempla legis, qua Camillus ab exilio fuit revocatus *c*) item legis Maniliæ. *d*)] Utrumque enim lege fit, utrumque legitimum eſt.

c) Livius *l. 5. c. 46.*
d) Cicero *oratione pro lege Manilia.*

§. XIII.

Quodſi vero hoc modo facta fuerunt teſtamenta in calatis comitiis, uti aliter vix poterimus concipere, ſua ſponte fluit, prima illa teſtamenta fuiſſe nuncupativa, non ſcripta. Scripta enim omnes concedunt eſſe inventa heredis occultandi cauſa. At occultatio iſta illicita eſt, & nullius momenti, ſi populus de herede cum cauſæ cognitione ſuffragium ferre debuit. Neque ulla probabili conjectura monſtrari poteſt, teſtamenta ſcripta ante legem XII. Tabb. Romanis fuiſſe cognita, etſi id aſſeruerit aliquando Franciſcus Balduinus, *e*) & idem videatur aſſeruiſſe Theophilus *f*).

e) *Ad Leges XII. Tabb. c. 26. f. 69. edit. Pariſ. in fol. de anno 1554.* Sed ipſe poſtea videtur mox errorem agnoviſſe, dum *in editione 3. Baſileenſi in 8vo de anno 1557.* eam aſſertionem *ad c. 24. p. 114 ſeqq.* non repetiit.

f) Vide locum ejus *ſupra* §. *5 lit. p.* deſcriptum in verbis: *qui volebat, teſte populo teſtamentum ſcribebat.* Poſſet adeo & hoc ad errores Theophili referre, niſi magis hic erraſſet

ejus interpres doctiſſimus alias Dionyſ. Gothofredus. Quod enim hic reddidit *teſtamentum ſcribebat*, debebat ſimpliciter verti *teſtabatur*. Eſt enim in Græco ſaltem διετίθετο.

§. XIV.

Cæterum illud in medio relinquo, an quod Theophilus ulterius ſcripſit, teſtamenta calatis comitiis (aut potius calata comitia teſtamentorum condendorum gratia) bis in anno fuerint habita. Non eſt, qui ante ipſum hoc memoret. *g*) Poſſet tamen forte eſſe. Nam alias conſtat, plures fuiſſe dies comitiales aliorum negotiorum gratia. Id intereſt. Si vera eſt Theophili ſententia, videntur tum comitia tantum teſtamentorum condendorum gratia fuiſſe convocata, neque adeo licuiſſe in aliis comitiis calatis teſtari. Quodſi vero Theophilus, ut alia, hoc ex proprio cerebro excogitavit, neque adeo certis & ſtatis anni temporibus comitia teſtamentorum cauſa inſtituta ſunt, videntur, uti forte adoptiones, ita & teſtamenti factiones indiſtincte in comitiis aliis quibuscunque ſuſceptæ fuiſſe.

g) Imo Franc. Hotomannus *in Comment. ad §. 1. Inſt. de teſtam. ordin.* expreſſe ei contradicit, quia videlicet aliis actibus legitimis certum tempus non fuerit præfinitum. Quamvis verear, ut hæc ratio ferat Theophilum, & ne hic excepturus ſit; diſtinguendum eſſe inter actus legitimos in comitiis, & alibi v. gr. coram Prætore celebratos.

§. XV.

Porro cum tria genera comitiorum eſſent, curiata, a Romulo inventa, qui populum in curias diviſerat, ubi ſuf-

ſuffragia dabantur per curias, centuriata, quorum autor Serv. Tullius, ubi ſuffragia dabantur per centurias, & tributa, ubi ſuffragia dabantur a plebe per tribus, quæ poſt ejectos reges tempore Coriolani originem ſumſerunt *b*), at vero ad ſingula hæc populus antea ut conveniret convocaretur, ſeu calaretur, atque adeo hoc intuitu & curiata, & centuriata, & tributa poſſint calata appellari *i*); non unanimes ſunt Dd. utrum teſtamenta in curiatis tantum an etiam in centuriatis condita fuerint. [Nam de tributis fere conſentiunt, in iis, cum ibi plebs ſolum conveniret, teſtamenti factionem non fuiſſe celebratam *l*)]. Prius Vinnius affirmat, poſterius Ulricus Huberus *m*). Mihi ſic videtur, determinationem huius quæſtionis dependere a quæſtione præcedente. Si enim in omnibus comitiis populi curiatis licuit teſtamenta condere, nulla eſt ratio dubitandi, cur non id licuerit etiam poſtea cum ſub Servio Tullio populus ſuffragia ferre inciperet per centurias claſſium. At vero, ſi certa certis temporibus teſtamentorum condendorum habita fuere comitia curiata, neque adeo in omnibus curiatis licuit teſtamenta condere, non video, cur opus fuerit, centuriatis comitiis inventis, etiam quædam centuriata ſeparatim deſtinare ad teſtamenta condenda, præprimis cum non abrogata fuerint curiata comitia per inventionem centuriatorum, ſed pedetentim interierint una cum curiis *n*). Et ſi quis legat intentionem Servii Tullii, cur centuriata comitia invenerit, facile patebit, quod iis non intenderit quid innovare intuitu teſtamentorum. *o*)

b) *Vid.* Carol. Sigon. *l. 1. de antiq. jure civ. Rom. c. 17.* Merula *de comitiis Roman. c. 1. & 4.* Vinnius *in Comment. ad §. 1. Inſt. de teſt. ordin.*

i) Vinnius *d. l.* Merula *d. l. c. 1. & 4.*

l) Vinnius *d. l.* Huber. *digreſſ. l. 4. c. 30. §. 3.*

m) Uterque *dd. ll.*

n) Sigon. *d. c. 17.*

o) Dion. Halic. *Antiq. Rom. l. 4. c. 20. ſeqq.* Maxime vero notetur locus *c. 24. Dixi antea, quod trium rerum maximarum illarum & ſumme neceſſariarum penes populum ex priſco inſtituto arbitrium fuerit, creandi magiſtratus, leges confirmandi vel abrogandi, bellum pacemue decernendi, de his rebus a populo diſceptabatur, & decernebatur latis curiatim ſuffragiis, & tantundem valebat pauperrimi, quantum ditiſſimi calculus; cumque ut par eſt, pauci eſſent divites, pauperes in ferendis ſuffragiis illos numero longe ſuperabant. Quo animadverſo Tullius ad divites vim ſuffragiorum transtulit. Quando enim magiſtratus creare, aut de lege cognoſcere aut bellum inferre volebat* (vides; nil dicit de teſtamentis ordinandis) *pro curiatis centuriata indicebat comitia &c.*

§. XVI.

Quo magis vero antiquitates Romanas meditor, eo magis videtur mihi probabile, comitia ſive curiata ſive centuriata primario & ordinarie fuiſſe inſtituta vel magiſtratuum vel legum, vel belli cauſa, adeoque teſtamenta, adoptiones & ſimiles actus legitimos, fuiſſe appendices ſaltem comitiorum quorumvis, & Theophilum, quæ de calatis comitiis teſtamentorum cauſa bis in anno habitis memorat, excogitaſſe vel hauſiſſe ex ſcriptore antiquitatum æque ignaro. Sane & locus Dionyſii modo excerptus & tota hiſtoria Reipubl. a Romulo formatæ eo ducit. Nec ab ullo alio, quod ſciam, de comitiis teſtamentorum cauſa inſtitutis memoratur quicquam.

§. XVII.

Digitized by Google

§. XVII.

Habet vero & hæc diſceptatio uſum in concipiendo modo, quomodo populus teſtamenta in calatis comitiis approbaverit. Si adoptionum, teſtamentorum & ſimilium negotiorum cauſa comitia primario fuere inſtituta, neceſſe fuit populum, ut in ipſo negotio legum ferendarum, conſueto modo ſuffragia tuliſſe. At ſi ejusmodi actus legitimi per modum appendicis & extra ordinem tractati ſunt in comitiis, tum non credo opus fuiſſe, ut populus omnia, quæ in ejusmodi actibus examinanda eſſe ſupra diximus, ipſe examinaret, & deſuper ſuffragium ferret; ſed potius ita fuiſſe obſervatum arbitror, uti ille, qui arrogare alterum vel teſtamentum condere volebat, prius illi magiſtratui, qui jus convocandi comitia habebat, ſummatim cauſas arrogationis aut teſtamenti condendi aperiret, ut ille prævia cauſæ cognitione ſummaria videret, an ad rogationem populo proponendam ſit admittendus nec ne. Tum ſi fuerit admiſſus, ſequebatur ejus rogatio ſtatim, poſt rogationem magiſtratus de negotio principali, ob quod comitia erant convocata. Tum populus vel ſecundum curias in comitiis curiatis, vel ſecundum claſſes earumque centurias in centuriatis, dum de re principali ſuffragia daret ac colligeret, etiam de re ſecundaria illa i. e. adoptione vel teſtamento aut ſuffragia alia dabat, aut pro approbatione populi habebatur, ſi nemo contradiceret.

§. XVIII.

Atque hoc poſterius videtur mihi veroſimilius, ſi magiſtratus prævium aliquod examen ejus negotii, ut diximus ante rogationem *p*) inſtituit. Cum enim id negotium

tium immediate reſpiceret utilitatem privatorum, ſufficere putabatur probatio magiſtratui facta, ut non opus eſſet ſuffragia approbantia colligere, ſed ſufficeret, ſi nemo contradiceret, cum tamen liceret contradicere cuilibet ex populo, ſed propoſita ratione diſſenſus, quæ reſpiceret utilitatem publicam. Raro vero a populo fuiſſe contradictum arbitror ab iis, ad quos ea res non pertinebat, & magnam præſumtionem fuiſſe, rogationem eſſe legitimam de adoptione & teſtamenti factione, partim quod magiſtratus ad rogationem admiſiſſet privatum, partim quod nemo, quorum intererat, adoptionem aut teſtamentum non fieri, contradiceret. Quodſi vero contradictor ſive ex populo ob intereſſe publicum, ſive privatus ille, cujus in ſpecie intererat, adeſſet, puto eum admiſſum eſſe, ut cum teſtatore vel arrogaturo more ſolito coram populo cauſam ageret, ac poſtea ea ritu communi & conſueto definiretur *q*).

p) Hoc intuitu admitto, quod habet Vinnius *d. l. Credibile eſt, ideo Pontifices teſtamentorum factionibus præfuiſſe, quia ſacra, quæ ad ipſos pertinerent, una cum hereditatibus transferrentur.* (De qua ſacrorum translatione ad heredes plura vid. ap. Ciceronem *l. 2. de LL.* Sigon. *l. 1. de antiq. jur. civ. Roman. cap. de jure ſacrorum.* Rupert. *ad Valer. Max. l. 7. c. 7. §. 4.*) Junctо loco Gellii *ſupra* §. 3. deſcripto, ubi diſerte Gellius, calata comitia eſſe, quæ pro collegio Pontificum habentur, aut regis aut flaminum inaugurandorum cauſa, eorum autem i. e. a Pontificibus convocatorum alia eſſe curiata, alia centuriata, & in iis & ſacrorum deteſtationem, & teſtamenta fieri fuiſſe ſolita.

q) Talis eſt apud Græcos oratio Iſocratis, quæ *Ægineticus* inſcribitur. Vel certe huic rei, de qua agimus, valde eſt affinis.

§. XIX.

§. XIX.

Igitur ut ex hactenus diſputatis tandem ſummam opinionis meæ diſerte proponam. Teſtamenta quæ in calatis comitiis tam curiatis quam centuriatis, non quidem ad teſtamenta condenda, neque certo anni tempore inſtitutis, ſed tamen nec quibusvis, ſed quoties Pontifices regis aut flaminum inaugurandorum cauſa populum convocarent, ita ut Pontifices prædeliberarent, an teſtator ad rogationem de teſtamento ſit admittendus, eo vero admiſſo populus vel tacendo rogationem approbaret, vel ſi contradictor adeſſet, audiendo & ſuffragia poſtea ferendo teſtamentum aut approbaret aut improbaret.

§. XX.

Non tamen putandum eſt, quod illa teſtamenta, ubi populus ſaltem tacite approbabat, pro teſtamentis veris & hodierni ſignificatus fuerint habenda. Etſi enim contradictor non adeſſet, ſufficit tamen, quod adeſſe potuerit, & quod magiſtratui probandæ eſſent cauſæ teſtamenti faciendi. Nam hoc ſufficere, vt aliquid non ſit jurisdictionis voluntariæ, ad quam communiter referuntur teſtamenta hodierni ſignificatus, ſed contentioſæ, vel exemplo tutelæ patet.

§. XXI.

Neque adeo mirari debes, cur apud hiſtoricos nullum exemplum legatur teſtamenti facti calatis comitiis. Rariſſima fuere illa, quia vix videtur ea teſtamenti factio permiſſa niſi orbis, & qui evidentes allegare poſſent cauſas magiſtratui, cur heredes legitimos præterire vel ex-

cludere a ſucceſſione legitima vellent. Hæ vero rariſſime aderant antiquis illis temporibus, ubi moribus ſevérioribus erant præditi Romani. Quodſi adeſſent, nemo contradicebat, adeoque non erat res memoratu digna.

§. XXII.

Uti ergo & dictis ſimul apparet, quod in teſtamentis, quæ in calatis comitiis fiebant, poteſtas teſtandi valde eſſet reſtricta, & plurimis limitibus circumſcripta; ita jam non eſt dubium, eas reſtrictiones non adfuiſſe in teſtamentis, quæ in procinctu fiebant. Ibi enim, ut ex iis, quæ ſupra *r*) excerpſimus, liquet, non opus erat conſenſu populi, ſed ſufficiebat, fieri teſtamenta coram tribus vel quatuor teſtibus. Hoc vero ſuppoſito, nec opus erat teſtibus cauſas teſtamenti faciendi exponere, & eorum approbationem expectare, ſed latiſſima poteſtas erat militum teſtamenta condentium, modo ea facerent in procinctu.

r) *ſupra* §. 4.

§. XXIII.

Suſtinebant igitur teſtamenta in procinctu facta exceptionem a regula teſtamentorum faciendorum in calatis comitiis, militibus haud dubie indultam ad alliciendos per hoc etiam privilegium cives Romanos, ut eo promtius nomina militiæ darent, adeoque privilegium teſtamentorum militarium, quod ſolennitatibus reliquorum teſtamentorum non adſtricta eſſent, antiquiſſimum fuit XII. Tabulas longe antecedens *s*), nec tum ex ea ratione deductum fuit, quod milites ſimpliciores eſſent, aut ſolennitatum civilium ignorantes *t*), ſed in præmium militiæ,

tiæ, & quod illo temporis momento non poſſent, etſi vellent teſtamentum calatis comitiis condere.

s) N.O. *l. 1. de militari teſtamento.* Intelligendus enim Ulpianus de privilegiis teſtamenti militaris, poſtquam teſtamenta in procinctu jam in uſu eſſe deſierant, majoribus, quam illa erant, quæ habebat teſtamentum in procinctu, ut ex ſeqq. apparebit.

t) Uti poſtea iſta ratio ſub Imperatoribus fuit præſcripta *pr. Inſt. de militari teſtamento juncta l. 1. pr. ff. & l. 3. C. eod.* quamvis & tum minus adæquata, per ea, quæ habet Ulpianus *l. un. de bon. poſſeſſ. ex teſtam. militis.*

§. XXIV.

Neque etiam tum omnibus plane ſolennitatibus deſtituebatur, ſed ſufficiebat illis temporibus ad ſentiendum priuilegium, ſi modo latior poteſtas militibus concederetur quam habebant alii cives. Igitur in eo convenicbat cum teſtamento in calatis comitiis condito, quod & ipſum eſſet nuncupativum, quia videlicet teſtamenta ſcripta tum temporis plane ignorabantur. Quodſi vero tum fuiſſent in vſu, haud dubie etiam militibus fuiſſet indultum, ut in ſcriptis diſponerent de bonis ſuis.

§. XXV.

Ne tamen fraus committeretur, & adeo militibus heres obveniret, quem noluiſſent, teſtes requirebantur plures quidem duobus, ſed tamen ut tres vel quatuor ſufficerent. Etſi enim apud Plutarchum in Græco textu exſtet τριῶν καὶ τετ]όρων, trium & quatuor, qui ſunt ſeptem, numerus ſolennis in teſtamentis ſubſequentium temporum, tamen circumſtantiæ omnes oſtendunt particulam con-

junctivam hic disjunctive pro *aut* accipiendam esse *u*), quod & alias non est infrequens *x*).

u) Huber. *digress. l. 4. c. 30. §. 3. in fin.*
x) *vid.* Strauch. *Lex. partic. juris voce. Et, §. 18.*

§. XXVI.

Porro non tum sufficiebat, ut milites essent in expeditionibus bellicis, uti postea militibus hæc potestas testandi fuit indulta *y*). Sed requirebatur, ut jam in acie starent, & saga præcingerent, atque sic quasi præsentissimum esset mortis periculum, quod & indicat locus Ciceronis supra descriptus *z*). Quod iterum ex ea ratione videtur fuisse receptum, quod Romani cum indulgerent militibus, ut contra rationem juris gentium de bonis suis in eum casum, ubi amplius ipsi dominium non haberent, citra populi autoritatem disponerent, saltem id ita facerent, quasi in vltimo vitæ tempore bona transferrent in heredes nuncupatos, testibus ad id rogatis, quasi voluntatis suæ internunciis.

y) *pr. Inst. de milit. testam.*
z) *Videl. §. 4.*

§. XXVII.

Quam rationem si accuratius perpendo, videtur etiam statuendum esse, testamenta quidem illa in procinctu facta vim obtinuisse, si in acie adversi quid ipsis contingeret. At si periculum istud evaderent, arbitror, testamenta illa ipso jure evanuisse, etsi non revocata verbis expressis, perinde uti postea mortis causa donationes intuitu certi ac præsentis periculi factas *a*).

a) *arg. h. t. vers. Tertium genus; juncta l. 29. de m. c. donat.*

§. XXVIII.

§. XXVIII.

Interim magnum & tum erat priuilegium militaris teſtamenti, quod poſſet citra conſenſum populi & ſine vel probatione vel ſaltem nominatione juſtæ cauſæ, non ſolum heredem quemuis legitimum, ſed & proprios liberos exheredare vel præterire. Etſi enim ea de re nihil dicant Scriptores, tamen ea licentia vel ex illis paucis, quæ dicunt, & quæ ſupra excerpſimus ſua ſponte fluit.

§. XXIX.

Erat in eo ſtatu teſtamenti factio apud Romanos, cum in legibus XII. Tabb. Decemviri latiſſimam teſtandi poteſtatem introducebant, qua intentione, jam alibi *c*) dictum eſt. Jam ſaltem videamus, in quantum per eam prima teſtamentorum genera vel alterationem vel interitum paſſa fuerint. Ubi ante omnia inquirendum erit, an per ipſam legem Decemviralem tertium genus per æs & libram, vel qua alia occaſione introductum ſit.

c) Diſſert. Dn. Præſid. *de Origine Succeſſionis Teſtament.* §. 61. *lit. p. q.*

§. XXX.

Uti vero ex verbis legis Decemviralis ſatis apparet, improbabilem plane (etiamſi de prima teſtamentorum in calatis comitiis factorum origine nihil plane eorum, quæ hactenus docuimus, poſſet ex Scriptoribus Romanis elici) eſſe ſententiam Deſiderii Heraldi ſupra *d*) deſcriptam, quaſi populus Romanus, etſi latiſſima ei poteſtas teſtamenti condendi per illam legem data ſit, ea modeſtia tamen uſus fuerit, ut initio introduxerit teſtamenta in ca-

latis comitiis, qua ratione, quemcunque etiam conceptum de iis formes, neceſſe eſt, reſtrictiſſimam fuiſſe teſtandi libertatem; ita tamen non ſtatim arripienda, ſed ulterius examinanda eſt doctrina eorum, qui ſtatuunt, teſtamenta per æs & libram, per ipſam legem XII. Tabb. fuiſſe introducta.

d) *ſupra §. 6. lit. r.*

§. XXXI.

Requirebatur autem ad teſtamentum per æs & libram, ut eo melius poſſimus de hac quæſtione judicare, partim mancipatio partim nuncupatio. Mancipatio i. e. hoc loco imaginaria venditio, fiebat quinque teſtibus & libripende & familiæ emtore, civibus Romanis, puberibus, & cum quibus teſtamenti factio eſſet, præſentibus *e*). Nuncupabatur teſtamentum in hunc modum. Tabulas teſtamenti teſtator tenens ita dicebat. Hæc uti his tabulis cerisve ſcripta ſunt, ita do, ita lego, ita teſtor, itaque vos Quirites teſtimonium præbitote *f*).

e) Ulpianus *tit. 20. §. 2.* Juſtinianus *§. 1. Inſtitut. de „Teſtam. Ordin.*

f) Idem Ulpianus *§. 14.*

§. XXXII.

Jam de hoc teſtamento quemadmodum parci ſunt Scriptores in explicanda ejus origine, ita tamen Franciſc. Balduinus ſatis aperte ejus originem adſcribit ipſi legi XII. Tabb. *g*), ſed rationibus talibus, quæ parum perſuadent & aliis, quæ in contrariam ſententiam adduci poſſunt, facile cedunt.

g) Ita

Digitized by Google

g) Ita enim sit *ad cap. 29. XII. Tabb. p. m. 118. edit. Baſil. Factam fuiſſe in XII. Tabulis mentionem libripendis & eorum, qui ſe ſinunt teſtarier, ſupra notaui, & ad cauſam teſtamentorum id pertinuiſſe ſupra dixi* c. 7. *Sane cum Feſtus ſignificet, ſcriptum in XII. Tabulis fuiſſe:* qui nexum faciet, mancipiumque, uti lingua nuncupaſſit, ita jus eſto: *nexum autem fuiſſe quodcunque per as & libram gerebatur, in eoque etiam genere teſtamenti factionem fuiſſe; conjicere poſſemus, illud caput ad teſtamenta quoque pertinuiſſe. Idque ut magis etiam ſuſpicer, facit Cicero, qui* lib. 1. de Oratore *ad cauſam teſtamentariam referi iſtud:* uti lingua nuncupaſſit, *quod & fuiſſe ſcriptum in XII Tabulis ait. Credo itaque ex lege XII. Tabb. teſtamenta facta fuiſſe per nexum, h. e. per as & libram, & ſolennem eius generis mancipationem.*

§. XXXIII.

Nam ita quidem eſt: Facta fuit in lege XII. Tabb. mentio libripendis & eorum, qui ſe ſinunt teſtarier. Ita enim ibi dictum eſt: *Qui ſe ſinit teſtarier, libripensve fuerit, ni teſtimonium fariatur, improbus inteſtabilisque eſto b).* Sed falſum eſt, hoc caput pertinuiſſe ad teſtamenta, cum potius ad venditiones & alios contractus ſimiles hic reſpiciat lex XII. Tabb: neque aliud ex Gellii loco poſſit confici *i*). Unde meliori jure eam legem Jacobus Gothofredus tabulæ 7. de delictis agenti inſeruit. Erant enim & libripens & teſtes in venditionibus rerum jam ante XII. Tabulas, ut de teſtibus in expoſitione legis noſtræ ſuo loco pluribus probabitur. Quod vero libripendem attinet, is jam erat ſub Regibus. Fuit enim is ordo rei numinariæ, ut primum Romani ære gravi i. e. nummo rudi & informi uſi fuerint, poſtea Servius Rex primus ſignavit æs nota pecudum, unde & pecunia appellata; argento vero ſignato populus Romanus ante Pyrrhum regem devictum

victum non est usus. As vero æreus erat & dupondius appendebatur in libra, unde venditiones, quas alii per æs & libram efferunt, alii Scriptores vocarunt per assem & libram *l*).

h) Gellius *lib. 15. c. 13.*

i) Jac. Gothofredus *in not. ad Tab. VII. legis XII. Tabb. p. m. 221.*

l) Budæus *lib. 1. de asse p. m. 40. & lib. 2. p. m. 56. edit. Basil. in fol. de anno 1556.*

§. XXXIV.

Quod porro notat Balduinus, secundum Festum & de nexu ac mancipio ac nuncupatione actum fuisse in XII. Tabb. verum est; verum est etiam, nexum fuisse, quodcunque per æs & libram gerebatur; concedimus etiam, testamentum per æs & libram *etiam* in eo genere fuisse. Sed vel hoc *etiam* docere debuisset Balduinum, non recte inde inferri, quod caput illud XII. Tabb. ad testamenta (in specie) pertinuerit, cum potius ex istis suppositis concludi debuisset, caput illud XII. Tabb. pertinuisse ad genus, i. e. ad omnes venditiones per æs & libram factas. Unde & recte iterum Jacobus Gothofredus illud collocavit in Tabula VI. de dominio & possessione *m*).

m) *quem & confer in not. ad d. Tab. VI. p. 210.*

§. XXXV.

Scilicet adhibebantur hi ritus in omni alienatione rerum mancipi, uti ex fragmento Gaji, quod Boëtius conservavit, clarissime liquet. Nam ibi memorantur libripens

pens, & quinque teſtes, Romani cives, puberes, & ære percutiebatur libra ab emtore, & formula adhibebatur: Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum eſſe ajo, isque mihi emtus eſt hoc ære, æneaque libra *n*).

n) Ulpianus *tit. 19.* Boëtius *ad lib. 3. Topicorum Ciceronis, ubi Cicero abalienationem definit.* Jac. Gothofredus *in probat. ad Tab. 6. p. 101.* Jac. Oiſelius *in Inſtit. Caji p. 28. & in notis. p. 42. ſeqq.*

§. XXXVI.

Denique etſi Cicero ex eo capite illud *uti lingua nuncupaſſit* ad teſtamenta applicaverit, tamen eadem eſt reſponſio Quia enim teſtamenta per æs & libram pertinebant ad imaginarias venditiones, poterat etiam caput non in ſpecie de teſtamentis, ſed in genere de alienationibus diſponens ad hanc ſpeciem applicari. Et poterat eo ducere Balduinum alius locus Ciceronis, qui iſta verba de nuncupatione ad venditiones refert *o*).

o) Cicero *lib. 3. de Offic. De jure prædiorum ſancitum eſt apud nos jure civili, ut in his venditis vitia dicerentur, quæ nota eſſent venditori. Nam cum ex XII. Tabulis ſatis eſſet cautum, ea præſtari,* quæ eſſent lingua nuncupata, *quæ qui inficiatus eſſet, dupli pœnam ſubiret, a JCtis etiam reticentiæ pœna eſt conſtituta.*

§. XXXVII.

Quin etiam poſito, quod in ipſa aliqua lege ad teſtamenta pertinente nexus, mancipii, libripendis & nuncupationis verba comprehenduntur, non tamen propterea inferri poſſet, quod & horum ſolennia, quibus videlicet peragerentur, legibus XII. Tabb. præſcripta fuiſſe

Digitized by Google

dicendum ſit. Iſta enim non lege XII. Tabb. ſed prudentum autoritate poſtea inducta fuerunt *p*). Nam poſt. leges XII. Tabb. a JCtis, ne populus actiones de quibus loquebantur hæ leges, prout vellent, inſtitueret, formulas certas & ſolennes de iis inſtituerunt ac populo præſcripſerunt, quæ appellantur actiones legitimæ *q*), ad quas adeo & hic modus teſtandi per æs & libram eſt referendus.

p) Jacob. Gothofr. *Probat ad Tab. VI. p. 101. in margine, & in not. ad eand. Tabul p. 210.*

q) Pomponius *l. 2. §. 6. de O. J. ibique* Eberlinus, Leewius aliique.

§. XXXVIII.

Interim tamen locutio illa, quod teſtamentum per æs & libram ex Lege XII. Tabb. oriatur, ſi recte explicetur, tolerari poterit, quatenus nimirum legis actiones erant quaſi appendices neceſſariæ præfatæ legis Decemviralis, & quamuis eæ non in illa lege formaliter, ut in ſcholis loquimur, continerentur, eæ tamen formam dabant omnibus aut plerisque actibus in lege illa comprehenſis, ut illi publice exerceri poſſent. Quare & ipſe Pomponius dicit *r*), quod *ex* illis legibus eodem fere tempore legis actiones compoſitæ ſint.

r) *d. l. 2. §. 6.*

§. XXXIX.

Pariter hactenus dicta oſtendunt, quod etſi & teſtamenta, quæ fiebant in calatis comitiis & teſtamenta, quæ in procinctu condebantur, ante leges XII. Tabb. in uſu fuiſ-

fuiſſent, recte tamen dici poſſit, quod teſtamenti factio Romana initia ſumſerit a lege XII. Tabb., quia ſcilicet illa teſtamenta in calatis comitiis non erant teſtamenta proprie dicta, utpote cum deprehenderent, ut diximus, non a voluntate teſtatoris, ſed a juſſu & autoritate populi Rom., & heres ita magis legitimus quam teſtamentarius erat. At qui poſtea in teſtamento per æs & libram nuncupabatur, is a liberiore voluntate teſtatoris hereditatem accipiebat, ſine ſpeciali conſenſu & approbatione populi.

§. XL.

Porro cum jam alibi *s*) monſtratum fuerit, quod forma teſtamenti proprie dicti in eo conſiſtat, ut ante mortem pro lubitu ſit mutabilis & revocabilis, & ex qua heredi demum ab exceſſu teſtatoris jus naſcatur, etiam hoc intuitu prima initia ſucceſſionis teſtamentariæ Rom. a teſtamentis per æs & libram jure derivantur. Non enim probabile eſt, quod talis mutabilitas obtinuerit in teſtamentis, quæ in calatis comitiis fiebant. Uti enim tum publice diſertis verbis heres nuncupabatur, & autoritate populi heres eſſe jubebatur, ita non erat in arbitrio teſtatoris, eum, quem populus heredem eſſe juſſerat, privata autoritate iterum a jure ſuccedendi excludere. Quod ſi urgeas, potuiſſe tamen in aliis comitiis nova heredis nuncupatione facta, populum novo juſſu prius teſtamentum reddere irritum, regeram, non eſſe veroſimile, ut populus homini ejusmodi varianti, (niſi forte heres nuncupatus mortuus eſſet,) autoritatem iterum interponeret, præprimis cum heres ita nuncupatus & juſſu populi approbatus, jus quæſitum ex iſto juſſu publico acquiſi-

visset, quod ei invito jure auferri non poterat. At in testamento per æs & libram heres nuncupatus ante mortem testatoris jus vel ideo non poterat acquirere, quia illa nuncupatio fiebat in tabulis scriptis, & ita ante earum aperturam, quæ post mortem demum testatoris fiebat, nemo sciebat, quis heres esset.

s) Differt. Dn. Præs. *de origine successionis testament.* §. 2.

§. XLI.

Jam vero non erit difficile divinari, quando testamenta in calatis comitiis in vsu esse desierint, scil. mox post introducta testamenta per æs & libram. Quodsi enim paullulum perpendas naturam negotiorum humanorum, palpabis, neminem civium Romanorum amplius voluisse in comitiis heredem & talem quidem, quem rursus pro lubitu excludere ab hereditario jure non posset, a populo & Pontificibus quasi emendicare & exorare, quem observatis saltem paucis solennitatibus posset pro lubitu & instituere & ei jus succedendi rursus adimere.

§. XLII.

Eadem vero ratio cum non urgeat in testamentis in procinctu nuncupatis, sed heres, ut diximus, ipso jure desineret heres esse, si testator aciem evasisset incolumis, non mirandum etiam, quod hæc testamenta non statim desierint, sed duraverint pene ad Ciceronis usque tempora.

§. XLIII.

Interim uti olim is, qui in procinctu testamentum fecerat, si nihil adversi ei in prælio accidisset, non prohibebatur

bebatur teſtamentum etiam in calatis comitiis condere; ita nullum eſt dubium etiam poſt inventa teſtamenta per æs & libram, idem licuiſſe illis, qui in procinctu antea heredem nuncupaſſent, ut novum heredem per æs & libram nuncupare in ſcriptis potuerint.

§. XLIV.

Porro uti priori caſu miles, qui in comitiis calatis teſtamentum facere vellet, non poterat uti privilegiis, quæ teſtamenta in procinctu habebant, ut ab ejus arbitrio tantum dependeret heredis inſtitutio, ita ſimilis ratio ſuadet, idem dicendum eſſe poſtea de milite, qui per æs & libram in ſcriptis tabulis heredem nuncupaſſet.

§. XLV.

Nondum tamen ratio apparet, cur teſtamenta in procinctu, & quidem ante quam nova militibus teſtandi privilegia darentur, deſierint. Neque enim illa ratio, quam Cicero *t*) dare videtur, perſuadet: Auſpicia deſierunt in bello, ergo & teſtamenta in procinctu. Quid enim teſtamenta in procinctu commune habent cum auſpiciis? Fruſtra quæſivi in criticis & Scriptoribus antiquitatum Romanarum, qui magis muti hic ſunt quam piſces. Cogitavi equidem, connexionem in eo quærendam. Dictum fuit *u*), quod teſtamenta, quæ in calatis comitiis fiebant, ad curam & directionem Pontificum ſpectaverint, quia ſacra privata defuncti etiam cum hereditate ad heredem transferrentur. Quemadmodum igitur ibi teſtamentarium jus cum jure ſacrorum aliquo modo erat connexum, ita etiam videntur teſtamenta in pro-

:inctu, quæ exceptionis inſtar habere oſtendimus, connexionem quandam cum ſacris & auſpiciis habuiſſe, ac pariter ſub aliqua Pontificum vel auſpicum directione fuiſſe, ut adeo auſpiciis ſublatis ipſa interierint. Sed neſcio, cur hæc ratio mihi ipſi nondum omni ex parte ſatisfaciat, & totus ille locus Ciceronis, præprimis autem verba: *ex quo in procinctu teſtamenta perierunt*, videantur eſſe corrupta, maxime, cum in Schrevelii editione etiam ſint aliis literis expreſſa. Ut adeo medela ejus Criticis, quos hic non agimus, videatur eſſe relinquenda.

t) Cicero *loc. ſupr.* §. 4. *deſcriptis*, *junctis l. 1. ff. de teſtam. milit.*

u) *ſupra* §. 18. *lit. p.*

§. XLVI.

Poſtquam nunc initia teſtamenti factionis Rom. ſatis, ut puto, ſunt declarata, propoſueram equidem mihi exponere ſenſum legis Decemviralis, præprimis cum non putarem, de tribus iſtis antiquis teſtamentorum generibus tot meditationes ſe oblaturas eſſe, cum interpretes pauciſſima de iis tradant. Sed cum tamen præter opinionem meditationes illæ ea ſpatia occupaverint, quæ toti diſſertationi deſtinaveram, expoſitionem ſenſus legis Decemviralis alii relinquo, gaudeoque aliis exemplum præbuiſſe, quam non difficile ſit juris ſtudioſo, qui hiſtoriæ & prudentiæ civilis ſtudium conjungit cum ſtudio jurisprudentiæ, etiam in ſterili materia ſpecimen induſtriæ ſuæ oſtendere. Cum contra quotidiana teſtetur experientia, eos, qui illotis manibus & absque illis ſubſidiis ſacra jurisprudentiæ tractant, & ex 999. commentariis & locis communibus meditationes ſuas conſcribillant, nil lectoribus

ribus exhibere quam ſcopas diſſolutas, & in iſtis Herculeis laboribus ubique tamen oſtentare paupertatem ingenii proprii, & quam curta ſit iis ſuppellex, ſi libros adimas, ut cum philoſopho dicere nequeant, omnia mea mecum porto.

§. XLVII.

Quamvis vero de guſtibus non ſit diſputandum, & ſimiles quærant labra lactucas, puto tamen, ſi nullus alius eſſet uſus diſſertationis noſtræ, hunc uſum quem iam memoravimus, eſſe, vel certe eſſe debere maxime practicum. Quod ſi iis, qui autoritatibus adſueti ſunt, id non ſatisfaciat, pro nobis loquatur JCtus inter paucos eruditiſſimus Ulricus Huberus *x*). *Ait appoſite Theophilus.* Etiamſi talium rerum ignorantia nullum afferat periculum. *Tamen cum hiſtoriæ cognitio per ſe dulcis ac utilis habeatur, licet rerum nihil ad nos pertinentium, quis gravetur memoriam paucis de arte ſua antiquitatibus applicare?* (addo: *& judicium in evolvendis antiquitatum harum rationibus exercere?*) *Præſertim cum nec periculo, quicquid dicat Theophilus, earum inſcitia careat. Vix enim juris novi rationes cuiquam exacte conſtabunt, niſi originem atque progreſſum juris vetuſti exploraverit, quod exemplo hiſtoriæ teſtamentariæ hoc loco, & fideicommiſſariæ infra luculenter apparebit.*

x) *Digreſſ. l. 4. c. 30. §. 1.*

FINIS.

A611470750

Digitized by Google